

A EXPERIÊNCIA ALIENÍGENA QUANTO AO RESSARCIMENTO DO DANO 'EX DELICTO'

JOSÉ DE CASTRO MEIRA*
*Juiz Federal em Sergipe e
Professor Assistente da U.F.S*

Sumário

1. Introdução 2. Sistema Italiano 3.
Sistema Francês 4. Sistema Espanhol 5.
Sistema Português.

1. Introdução

O direito brasileiro vem adotando, a partir da Lei n. 261, de 3.12.1841, o sistema da separação das ações penal e civil de ressarcimento que, entretanto, não se revelou o mais adequado à nossa realidade.

Agora o Anteprojeto do Professor FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO instituiu a multa reparatória em favor da vítima do crime, ou de seus sucessores, sempre que houver prejuízo material resultante do crime, tendo como limite o valor do prejuízo demonstrado no processo (art. 53 e § 1º)! Prevê-se, porém, a manutenção do sistema atual, ao proclamar que 'na indenização do dano o valor da multa reparatória será descontado' (art. 53, § 2º).

Parece-nos útil, portanto, o exame de alguns sistemas jurídicos que adotam a cumulação das ações, a fim de colhermos elementos úteis para o aprimoramento de nosso sistema, de modo a tornar mais efetiva a realização da justiça. Escolhemos quatro sistemas entre os mais vinculados ao nosso, por laços históricos e culturais — o italiano, o francês, o espanhol e, sobretudo, o português, com o fito de analisar a experiência legislativa de cada qual, daí extraíndo conclusões com vistas ao direito brasileiro.

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 04/06/2003.

2. Sistema italiano

O direito italiano teria sido o primeiro a admitir a cumulação facultativa das ações penal e civil no processo penal, remontando a adoção dos sistemas aos tempos de BARTOLO¹.

Segundo CHIOVENDA, a lei processual italiana admite uma *cumulatio actionum* por conexão:

Ora può darsi che uno stesso fatto metta in moto la giurisdizione penale per la punizione del suo autore, la civile per procacciare a chi fu lesa dal fatto il risarcimento del danno (. . .). La legge italiana, seguendo la francese, ammette che in questo caso le due giurisdizioni possano essere esercitate non solo dalla stessa persona sua nello stesso processo, facendo luogo alla azione civile nel processo penale².

Ensina MANZINI que, sob o aspecto material, há entre as duas ações uma evidente relação de conexão que é objetivamente constante, mas eventual se vista do ângulo subjetivo, pois a ação civil pode também ser proposta contra aqueles que são responsáveis apenas civilmente. Sob o aspecto formal, os jurisconsultos do período intermédio, ao lado da *causa criminal* e da *causa civil*, reconheciam uma *causa mista*, na qual 'se aciona pelo civil no proveito e interesse da parte, e pelo criminal por vindita pública'³. Admitia-se, então, a cumulação das ações ante o mesmo Juiz, quando a ação civil conexa tivesse por objeto a pretensão reparatória⁴.

¹ E esta era a opinião e a prática comuns na Itália já desde os tempos de BARTOLO. 'Este sistema, de origem italiano (como demonstramos), é vigente ainda no direito francês, belga, espanhol, etc' — MANZINI, Trad. de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 402.

² *Apud* CLEODON FONSECA, Da Culpa Contratual e Aquiliana — Danos automobilísticos e acidentes do transporte, 1945, Cooperativa Editora e de Cultura Intelectual de Pernambuco, Recife, p. 68.

³ P. FARINÁCIO, Variarum Quaestionum, Francforte, 1600, p. 321, *apud* MANZINI, *op. cit.*

⁴ P. FARINÁCIO, Praxis of Theoricae-Criminalis, Francforte, 1622, p. 11, *apud* MANZINI, *ob. cit.*

O direito vigente manteve o sistema da separação facultativa, a depender da manifestação de vontade do titular da pretensão civil derivada do delito.

O C.P.P. italiano de 1913, no seu art. 430, adotava o sistema pelo qual o Juiz penal, em caso de condenação do imputado, manifestava-se também a respeito do ressarcimento do dano ou quanto às restituições, ainda que o interessado não se houvesse habilitado como parte civil.

MANZINI critica o sistema revogado, acoimando-o de irracional e observa:

Este absurdo, derivado de um exagerado e incoerente critério de tutela dos interesses particulares do ofendido pelo delito, era tão patente que sua abolição não encontrou uma só oposição durante os trabalhos preparatórios do projeto⁵.

No direito italiano, veda-se a possibilidade de constituição de parte civil no processo penal, nas seguintes hipóteses: a) em relação a todos os delitos, quando não for possível o ajuizamento da ação civil na sede própria: pagamento, remissão, novação, compensação, etc. (observe-se que a prescrição do direito ao ressarcimento do dano está sujeita ao mesmo prazo prescricional estabelecido para o delito); b) em relação aos crimes de ação pública, quando tiver sido proposta a ação civil perante o Juiz civil italiano, antes do processo penal ou no curso dele, se já houver sido prolatada sentença, ainda que não definitiva; c) quanto aos crimes de ação privada, aplica-se a regra *electa una via non datur recursus ad alteram*; d) quando a ação civil tiver sido proposta diante do juízo cível antes de apresentar queixa; e) quando o ofendido, depois de haver oferecido queixa sem constituir-se parte civil, houver ajuizado a ação ante o Juiz civil.

Observa MANZINI que o efeito da cumulação das ações penal e civil é meramente formal e não substancial. A parte civil ingressa no

⁵ MANZINI, ob. cit., p. 403.

processo, tendo em vista exclusivamente seu interesse privado. Ela não pode impugnar as sentenças penais senão enquanto e na medida que disponham sobre seus interesses civis. Distingue-se, pois, nitidamente, do assistente da acusação em nosso processo penal. Propostas no mesmo processo, a cumulação é mantida, até que intervenha uma das causas de separação (cessação da ação penal, revogação da constituição da parte civil, declaração de inadmissibilidade da constituição da parte civil).

Considera CARNELUTTI que as conseqüências civis estão profundamente enraizadas no conteúdo penal e são mesmo elementos inseparáveis. Conclui que a declaração judicial de certeza quanto ao delito tem natureza constitutiva, uma vez que *é necessário para a produção de determinados efeitos jurídicos*⁶.

A posição do eminente processualista italiano, não obstante sua autoridade, é inaceitável. O pronunciamento sobre as conseqüências danosas da infração penal é sempre contingente de natureza eventual e constitui mero objeto acessório, mesmo no sistema que admite a constituição da parte civil, como o italiano.

A orientação do mestre peninsular foi analisada pelo Prof. ADHEMAR RAYMUNDO DA SILVA, nos seguintes termos:

Adotando-se o ponto de vista exposto pelo eminente processualista italiano, em suas 'Lições sobre o Processo Penal', ficam à margem de sua engenhosa doutrina os processos de sentenças absolutórias e aqueles outros, que não dão lugar à reparação, por inexistência de dano, apesar de se exaurirem com decretos condenatórios. Ora, em verdade, do crime podem surgir duas pretensões distintas — a penal e a civil — esta de natureza patrimonial. Mas, admitindo-se a constituição da parte civil no processo penal, à semelhança das legislações italiana, francesa, venezuelana, espanhola, colombiana, etc, ter-se-á de reconhecer que o objeto fundamental do processo penal se conserva distinto do seu objeto acessório. Assinale-se, por fim, que as ações penal e civil são, por sua natureza, diversas, uma vez que a responsabilidade penal é independente da civil. Se a

⁶ Lecciones sobre el proceso penal, 1º/146 e segs., Buenos Aires, 1956.

sentença condenatória torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime, lógico que este efeito do ato jurisdicional não se identifica com o conteúdo do processo penal. A pretensão de direito privado, a respeito da qual têm as partes poder dispositivo, não se confunde, mesmo quando a ação civil é proposta no processo penal, com a pretensão punitiva, eminentemente indisponível⁷.

Em suma, no direito italiano, a ação civil é inserida no processo penal, como uma relação processual acessória. As duas ações têm regras próprias no C.P.P. A ação penal é promovida pelo M.P., enquanto a ação civil somente poderá ser exercida pelo prejudicado. Contudo, não se exige que na ação civil o pedido seja preciso e determinado: basta que tal ocorra por ocasião do debate. É o que expressamente consigna o art. 468, do C.P.P. Proposta a ação na sede civil, ou quando na instância penal também se dirija contra terceiro, civilmente responsável, exige-se precisão e determinação do pedido.

Em consequência de seu caráter acessório, a ação civil no processo penal não pode ter prosseguimento quando o processo principal extinguir-se por qualquer circunstância típica do processo penal, incluindo-se a sentença penal absolutória, quando se reconhece qualquer das excludentes de criminalidade.

3. Sistema francês

Como observava GARRAUD, a regra que concede à parte lesada a opção entre a via civil e a via criminal é *geral*, mas não *absoluta*⁸. O *Code d'Instruction Criminelle* adotava o mesmo sistema do vigente *Code de Procédure Penale*, segundo o qual se atribui legitimidade a qualquer lesado para ajuizar a ação civil contra o réu ou seus representantes. A ação civil poderá ser proposta ao mesmo tempo na sede penal ou separadamente. Nesse caso, permanecerá em suspenso até o

⁷ Estudos de Direito Processual Penal, Livraria Progresso Editora, Salvador, Bahia, 1957, p. 54.

⁸ Traité Théorique D'Instruction Criminelle, Tome Premier, Librairie de La Societé du Recueil J. B. Sirey & Du Journal du Palais, Paris, 1907, p. 382.

julgamento definitivo da ação penal, consoante o célebre adágio: *le criminel tient le civil en état*.

O princípio geral que orienta até hoje o sistema francês tem suas raízes no art. 3º, do Code d'Instruction Criminelle, que tinha a seguinte redação: 'A ação civil pode ser proposta ao mesmo tempo e diante dos mesmos Juízes que a ação pública. Pode também sê-lo separadamente'⁹.

Caso o ofendido se habilite no processo como parte civil, o pronunciamento do juízo repressivo limita-se ao exame da ação civil conexa à ação penal. A propósito, observa SOURDAT:

Os Tribunais Criminais não são, quando procedem o julgamento das ações civis, senão Tribunais de execução; como tais, eles não podem conhecer senão demandas cujo julgamento lhe é delegado e, uma vez cumprido este julgamento, seu poder é exaurido. Resulta daí que, se a execução desse julgamento ocasiona dificuldades que exijam a intervenção da Justiça, é diante dos Tribunais ordinários que essas dificuldades devem ser levadas¹⁰.

O exercício do direito de opção encontra obstáculos de fato quando a ação pública é extinta por uma circunstância que deixa subsistir a ação civil, como ocorre, por exemplo, pela morte do autor da infração, pela anistia ou pela coisa julgada. Há, ainda, outras situações excepcionais. É o caso dos Tribunais Militares e Marítimos ou do Senado, quando está constituído como Alta Corte de Justiça. Também verifica-se o mesmo em relação aos crimes de imprensa e falimentares.

Observa-se, ainda, no direito francês, que da prescrição penal resulta a prescrição civil das ações de reparação do dano e de restituição. GARRAUD procura justificar essa diretriz sob o argumento de que não se deve admitir que o ofendido possa reclamar a reparação do prejuízo

⁹ O texto do original francês é o seguinte: L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Elle peut aussi séparément'.

¹⁰ M. A. SOURDAT, Traité General de la Responsabilité, Marchal & Godde Successeurs, Paris, 1911, p. 238.

sofrido quando o próprio Poder Público está impedido de acionar o agente pela infração cometida¹¹.

Nesse aspecto, o sistema tem merecido justas críticas, sob o argumento de que proporciona ao ilícito civil, também definido como infração penal, prazo prescricional menor do que teria se fosse um puro ilícito civil. Não obstante os argumentos dos partidários do sistema, sua fragilidade parece-nos evidente.

4. Sistema espanhol

O direito espanhol segue, em linhas gerais, a mesma orientação do direito francês. Observa-se, de início, que a lei processual espanhola, Ley de Enjuiciamiento Criminal, foi aprovada pelo Real Decreto de 14.9.1882, daí se explique a falta de rigor científico em certas disposições, como o art. 100, que está assim redigido:

Art. 100 - De todo el delito o falta hace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la separación del dano y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

Como já sublinhamos, o direito de ação é autônomo e, como direito abstrato de agir, precede delito. Entretanto, vê-se que o legislador teve o descortínio suficiente para perceber que nem todo delito gera uma pretensão material. Há apenas uma possibilidade de tal ocorrência. Todavia, a obrigação civil de ressarcimento com vistas ao dano causado pelas infrações penais é regida pelo C.P., de acordo com o art. 1.092, do C.C., que assim preceitua: 'Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o de las faltas se regirán por las disposiciones del C.P.'.

A ação civil pode ser exercida conjunta ou separadamente com a ação penal. Uma vez proposta a ação penal, entende-se também ajuizada a ação civil de ressarcimento ou restituição, a não ser que o interessado a renuncie ou se reserve expressamente para exercê-la

¹¹ - Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français, 2º/586, 1914.

depois de concluído o processo penal, como se lê nos arts. 111 e 112, da Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Art. 111 - Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme salvo lo dispuesto en los artículos 4º, 5º y 6º, de este Código'.

Art. 112 - Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el danado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, se a ello hubiere lugar. Si se ejercitarse solo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal¹².

A propósito, observa GARCIA VELASCO:

El perjudicado puede, se lo desea, reservar el ejercicio de la acción civil para ejercitarla una vez concluído el proceso penal en un proceso civil normal, y no hacerlo, permitiendo un proceso civil dentro del mismo procedimiento penal¹³.

¹² Os artigos em referência acham-se no Capítulo II, sobre as questões prejudiciais, que vai aqui transcrito: 'CAPITULO II 'Cuestiones prejudiciales. 'Art. 3º — Por regla general, la competencia de los Tribunais encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan intimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. 'Art. 4º — Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso — administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal. 'Art. 5º — No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal. 'Art. 6º — Si la cuestión prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión. 'Art. 7º — El Tribunal de lo criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho Civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores, deba resolver'.

¹³ *Apud* TOURINHO FILHO, ob. cit., p. 472 e 473.

Observa GULLON BALLESTEROS que a via civil para o conhecimento da responsabilidade civil, derivada de fato punível, abre-se nos seguintes casos: 1º — Quando há reserva sobre este ponto, caso em que deve aguardar que se resolva a ação penal por sentença definitiva (art. 111, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). 2º - Na hipótese do art. 112, § 2º, da LEC, quando nos crimes de ação privada, o titular exercita apenas a ação civil, hipótese em que considerará automaticamente extinta a ação penal. 3º — Quando há suspensão da causa penal, mas se reserva ao ofendido a ação correspondente para restituição da coisa, reparação do dano e indenização de prejuízos contra os responsáveis (art. 843, da LEC)¹⁴. 4º — Quando há extinção da responsabilidade penal pelo falecimento do indiciado¹⁵.

O direito espanhol reconhece cabalmente o primado da jurisdição penal, determinando que seja suspensa a ação civil ajuizada antes da propositura da ação penal, no art. 114, da Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Art. 114 — Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito o falta. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II, Título I, de este libro, respecto a las cuestiones prejudiciales.

Em relação ao fluxo do prazo prescricional da ação civil, há duas possibilidades: em caso de sentença condenatória, o prazo é quinzenal, segundo a regra geral para as ações pessoais; se o processo termina com a absolvição do acusado ou extinção, o prazo é de apenas um ano. O sistema espanhol é marcado, sobretudo, pela preocupação com a realização prática de seus preceitos. O legislador foi sábio e realista ao

¹⁴ ANTÔNIO GULLON BALLESTEROS, Curso de Derecho Civil, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 495.

¹⁵ Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1976, p. 158.

admitir que tão-logo se ajuize a ação penal também se entenderá proposta a ação civil, ressaltando-se, porém, ao ofendido a faculdade de renunciar ao seu direito ou, então, reservar-se expressamente para ajuizar a ação civil após a decisão do processo penal.

Como observa GERARDO LADROVE DIAZ, parece, em princípio, ferir a autonomia das esferas pública e privada. Sob o aspecto prático, porém, é inquestionável a superioridade:

Sin embargo, poderosas razones de oportunidad y utilidad avalan la solución nacional: la exigência de responsabilidades civiles por lo criminal *ex officio*, y con intervención del M.P., evita que la víctima tenga que iniciar un nuevo procedimiento — que es, por lo menos, una molestia con la consecuente multiplicación del dano producido por la infracción¹⁶.

O autor está a referir-se ao art. 108, da Ley de Enjuiciamiento Criminal, em cujo bojo se encontra medida das mais realistas e que deveria ser imitada pelo direito processual penal de nosso país:

Art. 108 — La acción civil ha de entlabarse juntamente con la pena por el Ministério Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministério Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.

Tal renúncia do direito à restituição, reparação ou indenização deve fazer-se 'de una manera expresa y terminante', como estabelece o art. 110, em sua parte final.

5. Sistema português

¹⁶ O Título VII, do Livro IV, em que está inserido o art. 843, tem o subtítulo 'Del procedimiento contra reos ausentes'. O dispositivo em foco tem esta redação: 'En cualquiera de los casos de los tres artículos anteriores, se reservará en el auto de suspensión, a la parte ofendida por el delito la acción que le corresponda para la restitución de la cosa. La reparación del dano y la indemnización de perjuicios, a fin de que pueda ejercitarla independientemente de la causa por la via civil contra los que fueran responsables; a cuyo efecto no se alzarán los embargos hechos ni se cancelarán las fianzas prestadas'.

O C.P.P. português, ora vigente, regulou a ação civil nos arts. 29 e 34. Dispõe o art. 29:

O pedido de indenização por perdas e danos resultantes de um fato punível, por que sejam responsáveis os seus agentes, deve fazer-se no processo em que correr a ação penal e só poderá ser feito separadamente em ação intentada nos Tribunais nos casos previstos neste Código.

Adotou, portanto, o estatuto processual lusitano o sistema de interdependência ou da adesão, estabelecendo, em regra, a obrigatoriedade do Juiz penal decidir também a ação civil *ex delicto* e, excepcionalmente, a possibilidade da propositura em separado da ação civil na instância cível.

O art. 30 trata sobre a ação cível em separado e tem o seguinte texto:

A acção civil de perdas e danos por infração penal que não depender de acusação ou participação particular pode propor-se em separado perante o Tribunal Civil, quando a acção penal não tiver sido exercida pelo M.P. dentro de seis meses, a contar da participação em juízo ou estiver sem andamento durante esse lapso de tempo, quando o processo tiver sido arquivado ou quando o réu tiver sido absolvido na acção penal. § 1º - Se a acção penal depender de participação ou acusação particular, a acção civil pode ser livremente intentada, mas, se o for, ficará por esse facto extinta a acção penal. § 2º - Se tiver instaurado processo penal por infracção que dependa de participação ou acusação particular, somente poderá intentar-se em separado a acção civil quando o processo penal esteja sem andamento por seis meses ou mais sem culpa da parte acusadora, quando o processo tenha sido arquivado ou o réu tenha sido absolvido.

A orientação do Código, neste artigo e seus parágrafos, busca resguardar os interesses patrimoniais do ofendido quando houver demora para a instauração ou no andamento do processo penal, possibilitando que se instaure a ação civil separadamente. O legislador deixa, ainda, nítida a distinção entre as pretensões penal e civil, ao facultar a propositura da

ação civil em separado, nas hipóteses de arquivamento e de absolvição do réu.

O art. 31 cuida do efeito da transação na ação civil, *in verbis*:

A transação na acção civil impede o exercício da acção penal que dependa de participação ou acusação particular.

Assinala MAIA GONÇALVES:

. . . a transação a que alude o art. 31, do C.P.P., tem de ser anterior ao exercício da acção penal, e só neste caso constitui, como a falta de participação, impedimento ao exercício da acção penal. Iniciada a acção penal, a transação na acção civil já não poderá pôr termo ao processo instaurado¹⁷.

Entende-se o alcance do dispositivo: seria incoerente que alguém, depois de estabelecer transação sobre direito disponível na ação civil, pudesse sofrer ação penal por aquele mesmo fato. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de crime de dano. O art. 32 enfoca a legitimidade para o pedido de indenização:

'O pedido de indenização por perdas e danos pode ser feito no processo penal mesmo por quem se não tiver constituído parte acusadora. § 1º — O M.P. deverá pedir a indenização por perdas e danos a favor do Estado, se a ela tiver direito, e a favor das pessoas colectivas de interesse público e dos incapazes a quem seja devida, quando não estejam representados por advogado no processo. § 2º — O requerimento a pedir a indenização por perdas e danos será articulado. § 3º — As provas relativas à indenização serão oferecidas nos mesmos prazos das da acção penal, não podendo ser dadas, além das da causa, mais de três testemunhas pelos requerentes nem pelos réus.

Em suma, cremos que o legislador atribui legitimidade para pleitear a indenização de modo amplo, bastando que tenha legítimo interesse, nos termos da lei processual civil. A propósito, escreve MAIA GONÇALVES:

¹⁷ MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, C.P.P. Anotado e Comentado, Livraria Almeida, Coimbra, 1972, p. 79.

Da expressão do corpo do art. 32 deduz-se que têm legitimidade para formular o pedido de indenização por perdas e danos resultantes do crime todos aqueles que a têm segundo as normas específicas do processo civil. Isto deduz-se também do § 1º, do art. 34. É uma questão que não deve ser confundida com a legitimidade para a constituição de assistente¹⁸.

Observa-se que a cabeça do dispositivo estabelece ampla permissão para o ajuizamento do pedido de ressarcimento, ou indenização, na terminologia do direito luso. Entretanto, a legitimidade do M.P. cinge-se às hipóteses em que haja interesse das pessoas jurídicas de direito público e dos incapazes. No particular, a lei brasileira deu-lhe papel mais amplo, entregando-lhe a incumbência de promover a execução da sentença condenatória ou a propositura da ação civil, quando o ofendido for pobre (art. 68, do C.P.P.)¹⁹.

O art. 33 trata dos efeitos da extinção da ação penal antes do julgamento:

A extinção da acção penal antes do julgamento impedirá que o Tribunal continue a conhecer da acção por perdas e danos, a qual, todavia, poderá ser proposta no Tribunal Civil.

A instância penal pronuncia-se sobre o aspecto patrimonial da ilicitude de modo subsidiário e excepcional, já que não é esta a finalidade precípua da Justiça Criminal. Extinta a ação penal, automaticamente cessa a competência do juízo penal para a decisão do aspecto civil da ilicitude em causa.

O art. 34 é a última das disposições que regem a ação civil e ocupa-se da reparação por perdas e danos nos seguintes termos:

¹⁸ Ob. cit., p. 80.

¹⁹ É interessante observar que o C.P.P. austríaco de 1873 atribui expressamente ao Ministério Público a função de velar pela salvaguarda dos interesses privados: 1º — procurando apurar de ofício o dano resultante do fato punível e outras circunstâncias importantes, relativas às suas conseqüências quanto à parte lesada; 2º — dando conhecimento à parte lesada do processo penal em curso, a fim de que ela possa usar do direito de participar do processo (cf. R. GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Penale*, Tome Premier, Librairie de la Société du Recueil S. B. Sirey et Du Journal du Palais, Paris, 1907, p. 379, nota 1).

O Juiz, no caso de condenação, arbitrarà aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e danos, ainda que não lhe tenha sido requerida. § 1º — Quando a lei conceder a reparação civil a outras pessoas, a estas será arbitrada a respectiva indenização. § 2º — O quantitativo da indenização será determinado segundo o prudente arbítrio do julgador, que atenderá à gravidade da infração, ao dano material e moral por ela causado, à situação econômica e à condição social do ofendido e do infractor. § 3º — As pessoas a quem for devida a indenização poderão requerer, antes de proferida sentença final em 1ª instância, que se liquide em execução de sentença e, neste caso, se procederá à liquidação e execução perante o Tribunal Civil, servindo de título exeqüível a sentença penal. § 4º — Se estiver pendente ou tiver sido julgada no Tribunal Civil acção por perdas e danos, nos casos em que a lei o permita, a reparação civil não será fixada na acção penal.

Neste dispositivo, parece-nos que o legislador português adotou francamente o regime da confusão, já que sequer exige o requerimento dos ofendidos para obrigar o órgão judicial a arbitrar uma importância a título de perdas e danos.

Isso só não ocorrerá se o interessado houver proposto acção civil de ressarcimento na instância civil. O Código admite francamente a reparação do dano moral, coerente com a diretriz de dar a mais ampla satisfação aos infortúnios padecidos pela vítima.

Discute-se no direito luso quanto à natureza do ressarcimento arbitrado no processo penal. Alguns autores como VAZ SERRA, CAVALEIRO DE FERREIRA, GOMES DA SILVA e PEREIRA COELHO entendem que se trata de decisão em coisa cível e tem a natureza de indenização civil de perdas e danos.

Contudo, é em sentido contrário a jurisprudência dominante e a doutrina de autorizados juristas, a exemplo de FIGUEIREDO DIAS e CASTENHEIRA NEVES.

Sustentam que tal reparação tem específica natureza penal, ocorre por mero efeito da condenação penal e que os critérios para a

fixação do seu quantitativo não são idênticos aos critérios próprios de uma indenização puramente civil, e que é o critério penal que deve decidir a determinação do montante a arbitrar (gravidade objetiva e culpa)²⁰.

Creemos que a questão tem fulcro na distinção de ilícito civil e ilícito penal. Fundamentalmente, existe apenas a determinação para que se opere o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima, o que é, sem dúvida, aspecto de natureza civil. O argumento quanto aos critérios de fixação serem diversos não é convincente, pois tais critérios não têm relação direta com a natureza do dano e o correspondente ressarcimento.

²⁰ Cf. MAIA GONÇALVES, ob. Cit., p. 82 e 83, notas 1 e 2.